



Volumen I
Nº 7

Aplicación del principio del interés superior
del niño en lo relativo a los procesos
de filiación

Carlos Emilio López Hurtado

CUADERNO DE INVESTIGACION JURIDICA

Programa de Doctorado "Cuestiones Actuales del Derecho"

Cuadernos de Investigación Jurídica
Volumen I

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL
NIÑO EN LO RELATIVO A LOS PROCESOS DE FILIACIÓN**

Carlos Emilio López Hurtado

Managua, Nicaragua/ 2013

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN LO RELATIVO A LOS PROCESOS DE FILIACIÓN

Carlos Emilio López Hurtado¹
ccasaabierta@yahoo.com

Resumen: La garantía del derecho a la identidad tiene profundas repercusiones en el ordenamiento jurídico, entre ellas, el establecimiento de mecanismos expeditos para la investigación de la paternidad, que faculta a las autoridades a orientar con carácter obligatorio la realización de prueba de ADN al presunto padre a fin de determinar la filiación. Ahora bien, la realización de la prueba genética al presunto padre para determinar la filiación puede suponer un roce con su derecho a la intimidad. Este conflicto entre el derecho del niño y la niña a conocer a sus madres y padres y el derecho del presunto padre a la intimidad, se plantea dos principales posturas: i. La prueba de ADN obligatoria vulnera el derecho a la intimidad del presunto padre y la realización de la prueba de ADN al presunto padre es cónsona con el principio del interés superior del niño, pues opera en función de garantizar el derecho del niño y la niña a la identidad. La investigación analizará las repercusiones constitucionales que resultan de la aplicación del principio del interés superior del niño, en relación a la obligatoria prueba de ADN a la que debe someterse el presunto padre en los procesos estatuidos por la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna para la determinación de la filiación.

Palabras clave: Filiación, principio del interés superior del niño, derecho a la identidad, derecho a la intimidad, ley.

Abstract: The guarantee of the right to identity has profound implications for the legal system, including the establishment of mechanisms for the expeditious investigation of paternity, which empowers the authorities to guide the conduct mandatory DNA testing the alleged father order to determine parentage. However, the realization of genetic testing the alleged father to determine parentage may be a brush with your right to privacy. This conflict between the right of the child and the child to know his parents and the alleged father's right to privacy, it raises two main positions: i. Mandatory DNA testing violates the right to privacy of the alleged father and performing DNA testing the alleged father is in harmony with the best interests of the child, because it operates in order to guarantee the right of children and girls to identity. The research will examine the constitutional implications resulting from the application of the principle of the best interests of the child in relation to compulsory DNA testing must be subjected to the alleged father in the processes established by the Law on Maternal and Paternal Responsibility for determining of sonship.

Keywords: Affiliation, overriding interest of the child, the right to identity, privacy, law.

¹ El presente trabajo es producto de la labor investigadora realizada durante el Período de investigación del Programa de Doctorado "Cuestiones actuales del Derecho", bajo la tutoría académica del Prof. Dr. Jairo José Guzmán García. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Centroamericana, Nicaragua 2013.

Introducción. I. Conflictividad entre el derecho a la identidad del niño y el derecho a la intimidad del presunto padre. 1.1 La Filiación. 1.1.1 Modelos para el establecimiento de la filiación. 1.2 Procedimiento para determinación de la filiación: el núcleo problemático. 1.2.1 Derecho a la identidad. Noción, concepto, caracteres, concreción en nuestro ordenamiento. 1.2.2 Derecho a la intimidad. Noción, concepto, caracteres, concreción en nuestro ordenamiento. 1.2.3. Argüida contraposición entre uno y otro derecho. Fundamentos legales y prácticos de la controversia. 1.2.4 Tratamiento de solución a la contraposición esgrimida. 1.2.4.1. Filiación y Orden público familiar. 1.4.2.2. Carácter constitucional de ambos derechos: la pretendida superioridad del principio de interés del niño. II. Constitucionalidad de la prueba de ADN al amparo del principio del interés superior del niño. 2.1 Jerarquía del principio del interés superior del niño. 2.2 Jerarquía de la Convención en el Ordenamiento Jurídico Nicaragüense. 2.3 Efectos del rango constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño. III. Conclusiones. Referencias bibliográficas. Anexo.

Introducción

La filiación es uno de los atributos de la personalidad puesto que está indisolublemente ligada al estado civil de la persona, constituye también un derecho humano fundamental reconocido en la Constitución Política y numerosos tratados internacionales de los derechos humanos.

Sobre la filiación Varsi (1999) señala:

La filiación es consustancial e innata al ser humano en el sentido de que el *status fili* es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico), no solo para generar consecuencias legales, sino también para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad. (p. 131)

El derecho a conocer la filiación, es decir, el propio origen biológico permite reclamar la condición de hijo o hija, para que se cumplan en beneficio de éstos las obligaciones de sus progenitores.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el primer instrumento jurídico vinculante que reconoce a los niños y niñas titularidad plena del derecho a la identidad, que comprende el derecho a conocer a sus padres (art. 7) y mantener relaciones familiares con ellos (art. 8).

Para los Estados, el reconocimiento del derecho a la identidad implica la obligación positiva de establecer en su legislación nacional procedimientos jurisdiccionales o extrajudiciales para la determinación de la filiación paterna, materna, o ambas.

La legislación nicaragüense se ocupa ampliamente de la determinación y declaración de la filiación; la Constitución Política reconoce el derecho a la investigación de la maternidad y paternidad, mientras el Código Civil y la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna establecen los mecanismos para hacer efectivo este derecho.

La Ley de Responsabilidad Paterna y Materna establece un procedimiento administrativo que se lleva a cabo ante las oficinas del Registro Civil de las Personas para la declaración de la filiación, el que faculta a la madre a declarar el nombre del presunto padre, a quien se le notifica el hecho para que responda confirmando o negando la paternidad. En caso de negar la maternidad, la ley establece la realización de la prueba de ADN al presunto padre, que es obligatoria en el sentido que si no se la realiza, se presume la paternidad que se le imputa.

El derecho a la intimidad, entendido como el principio “que nadie puede interferir en la vida íntima de una persona, como tampoco divulgarla” (Alessandri & Somarriva, 2011, p. 490) y el derecho a la identidad del que es titular el niño y la niña se ubican entre los derechos a la personalidad.

Los derechos de la personalidad, son aquellos que tutelan la dignidad de las personas, es decir, “aquellos derechos que toda persona física, en la calidad de sujeto jurídico, lleva inseparablemente desde su origen y que no tienen otro presupuesto que la existencia de la persona” (Alessandri & Somarriva, 2011, p. 485)

Pueden existir conflictos entre derecho del niño a que se establezca su filiación para recibir la protección que su progenitor le debe y el derecho a la intimidad, del que es titular el presunto progenitor.

La concurrencia de dos derechos en una misma situación jurídica debe resolverse tomando en consideración el principio del interés superior del niño y la niña, establecido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), según el cual en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones y autoridades públicas y privadas deben considerar primordialmente el interés superior del niño.

La legislación nicaragüense define el referido principio en el artículo 10 del Código de la Niñez y la Adolescencia:

Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente todo aquello que favorezca su pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social, en consonancia con la evolución de sus facultades que le beneficie en su máximo grado.

El principio del interés superior se encuentra en la cúspide del orden jurídico conminando a las autoridades administrativas y judiciales a adoptar las decisiones que más favorezcan el desarrollo integral de niños y niñas, principalmente cuando se presenten situaciones en la que concurran y se invoquen otros derechos que pretendan prevalecer sobre los de los niños y niñas.

Este principio no puede ser desconocido por el ordenamiento jurídico, pues contiene un mandato para privilegiar los derechos de los niños frente a situaciones conflictivas.

De la aplicación práctica de este principio se deriva la posibilidad de que se establezca en derecho la prueba de ADN, pues es el método científico que con absoluta certeza determina o excluye la filiación entre el hijo o hija y el presunto

padre. Lo que más conviene al niño y la niña es la determinación de su filiación, para que reciba la protección y cuidado que su progenitor le debe.

El principio del interés superior es pues una consideración primordial que en los procesos administrativos y judiciales sobre filiación, conmina a las autoridades a adoptar la decisión que más contribuya el bienestar de los niños, niñas y adolescentes.

Esta colisión de derechos “ha de resolverse en el sentido de otorgar preferencia al derecho a la investigación de la paternidad frente al derecho a la intimidad, que es de carácter personalista y que responde a intereses individuales”. (Romero, 2009, p. 159)

En el mismo orden de ideas, Varsi (1999) señala que:

El derecho a la intimidad adquiere un carácter secundario o pueden ser limitados cuando existen razones imperiosas que lo justifiquen, siempre que se respeten los derechos humanos de ellos derivados. Entre estas razones ubica el derecho preeminente y de interés superior a conocer el propio origen biológico. (p. 181)

Romero (2009) sostiene que la realización de estas pruebas se fundamenta en el principio del interés superior del niño:

La alegación del derecho a la intimidad por parte de la persona que haya de someterse a estas pruebas biológicas no debería convertirse en una especie de impunidad, porque ello supondría sacrificar el interés del hijo, que siempre será de carácter superior. (p. 160)

Asimismo, la Constitución Política de la República de Nicaragua (art. 167) impone a las personas el deber de colaborar con la justicia, de manera que el presunto padre

tiene la responsabilidad de colaborar en el proceso de determinación de filiación. Coincido con Varsi (1999) cuando afirma que:

El sometimiento a las pruebas genéticas ordenadas por el juzgador para investigar la paternidad es una colaboración obligatoria, y que de ningún modo atenta contra la libertad individual, en razón de que las técnicas de paternidad son sencillas y no implican una violación de los derechos. (p. 144)

La investigación está estructurada en tres apartados.

En el primer apartado se analiza la conflictividad entre el derecho del niño a que se establezca su filiación para recibir la protección que su progenitor le debe, utilizando el mecanismo establecido en la Ley de Responsabilidad Materna y Paterna de la práctica de la prueba de ADN al presunto padre, y el derecho de éste a la intimidad.

El segundo apartado centra su interés en el análisis jurídico sobre la constitucionalidad de la prueba obligatoria de ADN al presunto padre, a fin de determinar si la misma atenta contra el derecho a la intimidad, o si por el contrario, está orientada a garantizar el derecho del niño y la niña a tener un nombre, recibir la protección y cuidados de sus progenitores.

En el tercer apartado se presentan las conclusiones de la investigación.

I. Conflictividad entre el derecho a la identidad del niño y el derecho a la intimidad del presunto padre

La realización de la prueba genética al presunto padre para determinar la filiación puede suponer un roce con su derecho a la intimidad, que puede ser vulnerado mediante los actos de indagación (intromisión corporal para extraer la muestra para realizar la prueba) y puesta en conocimiento público de los resultados de dicha prueba.

Sobre la conflictividad entre el derecho del niño y la niña a conocer a sus madres y padres y el derecho del presunto padre a la intimidad, se plantean dos principales posturas.

- a. La prueba de ADN obligatoria vulnera el derecho a la intimidad del presunto padre.
- b. La realización de la prueba de ADN al presunto padre es cónsona con el principio del interés superior del niño, pues opera en función de garantizar el derecho del niño y la niña a la identidad.

Para entender plenamente los términos de la conflictividad entre el ejercicio del derecho a la identidad del que es titular el niño y la niña y el derecho a la intimidad del presunto padre, es preciso analizar el contenido y alcance de una de las más antiguas instituciones del derecho civil, como es la filiación.

1.1 La Filiación

La filiación es una institución del derecho romano, referida a las relaciones entre los progenitores (*pater*) y los hijos (*filius*). Según Bernad (2006, p.545), el derecho romano reconoce dos tipos de filiación: por naturaleza y por adopción.

La filiación por naturaleza, se clasificaba a su vez en:

- a. Legítima: hijos e hijas nacidos *ex justis nuptiis* entre sus progenitores, en el plazo de ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio o antes de los trescientos días de disuelto el matrimonio por muerte o divorcio. Estos hijos e hijas, forman parte de la familia civil del padre, a título de *agnados*, y toman también su nombre y condición social. Respecto a la madre, los hijos e hijas el derecho romano reconocía un lazo de parentesco natural, de *cognación*, en el primer grado.
- b. Ilegítima: hijos nacidos de una unión ilegítima –fuera del vínculo del matrimonio-, a quien se le atribuye el estatus que tenía la madre al tiempo en el que el hijo nació.

Iglesias (2008, p. 552) sostiene que la adopción generaba un vínculo de filiación legítima.

Petit (2007) afirma que “la adopción, por su parte, era en el derecho romano una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *justis nuptiis* entre el hijo y el jefe de familia”. (p. 144)

De acuerdo a Petit (2007) e Iglesias (2008), el derecho romano reconocía a los hijos legítimos y adoptados un conjunto de derechos, que le estaban limitados a los ilegítimos, entre ellos:

- Adquirir el *status civitatis* del padre al momento del nacimiento, es decir, la ciudadanía romana.
- Se confiere al padre la *patria potestad* sobre los hijos legítimos.
- Atribuir al hijo el nombre patronímico –apellido- del padre.
- La obligación recíproca de alimentos.
- Los derechos sucesorios del padre. A la muerte del padre los hijos se convertían en herederos *siu* (de lo suyo) sin mediar aceptación de la herencia.

Iglesias (2008) sostiene que la institución romana de la filiación en cuanto a su clasificación permaneció inalterada en la tradición civilista, llegando incluso a las codificaciones civiles de nuestros días, con pocas modificaciones. (p. 70)

El Código Civil de 1904 establecía la clasificación de los hijos en legítimos (art. 199) e ilegítimos (art. 220) y la presunción de paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio (art. 200).

En la modernidad la filiación es en sentido genérico, la institución que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y en sentido estricto, “vincula a los hijos con sus padres y que establece una relación de sangre y de derecho entre ambos”. (Varsi, 1999, p. 131)

Puig Brutau (1979), sostiene que la filiación es ante todo un hecho natural, por su efecto de la procreación y que ese hecho está reconocido y regulado por el derecho y es también entonces un hecho jurídico (pág. 187).

Planiol y Ripert (1948) la definen como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra. (p. 454).

Rossel Saavedra (1994) coincide en señalar que la filiación es:

El vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado” (p. 207).

Lacruz Berdejo (2000), al definir la filiación hace énfasis en el conjunto de derechos, deberes y funciones que los vinculan a los generantes –progenitores- y generados - hijos e hijas- (p. 299).

Retomando la doctrina considero la filiación como el vínculo existente entre el hijo o la hija y sus progenitores, que es un atributo de la personalidad vinculado a la dignidad humana, ya que permite conocer el propio origen biológico, ser identificado y diferenciado respecto de los demás y habilita el ejercicio de otros derechos que de ella se desprenden, como los alimentos y la sucesión.²

La importancia de la determinación de la filiación, es decir, del origen biológico es que de ella derivan un conjunto de derechos y responsabilidades recíprocas entre los hijos e hijas con sus progenitores, entre ellos:

a. La responsabilidad paterna y materna

La responsabilidad paterna y materna es la obligación de madres y padres, de atender conjuntamente, en igualdad de derechos y responsabilidades, todas las condiciones materiales y emocionales para el desarrollo integral de sus hijos e hijas.

La legislación nacional define paternidad y maternidad responsable en los siguientes términos:

“vínculo que une a padres y madres con sus hijos e hijas, que incluye derechos y obligaciones, ejercidos de forma conjunta y responsable en el cuidado, alimentación, afecto, protección, vivienda, educación, recreación y atención médica, física, mental y emocional de sus hijas e hijos, a fin de lograr su desarrollo integral” (art. 2, Ley de Responsabilidad Paterna y Materna)

A diferencia de la institución de la patria potestad heredada del derecho romano, la responsabilidad paterna y materna reconoce la absoluta igualdad de derechos entre el hombre y la mujer en lo referido a las decisiones respecto a sus hijos e hijas, incluida la representación judicial y extrajudicial.

² El proyecto de Código de Familia, reconoce la filiación por consanguinidad y por adopción, definiéndola como “el vínculo existente entre el hijo o la hija y sus progenitores”. (art. 180)

El concepto de responsabilidad paterna y materna, incluye la relación del padre y la madre con sus hijos e hijas, del que deriva, según la Ley Reguladora de las Relaciones entre Madre, Padre e Hijos (Decreto No. 1065), la obligación de los progenitores de:

- Suministrar a los hijos la alimentación adecuada, vestido, vivienda y en general los medios materiales necesarios para su desarrollo físico y la preservación de su salud, así como de procurarles los medios necesarios para su educación formal
- Velar por la buena conducta de sus hijos y estimular el desarrollo de su capacidad de decisión y su sentido de responsabilidad.
- Representar judicial y extrajudicialmente a los hijos y administrar sus bienes

Asimismo, implica las responsabilidades de los hijos e hijas con sus progenitores:

Los hijos respecto a sus padres tienen la obligación de protegerlos y colaborar con ellos para el mejor desenvolvimiento de las relaciones familiares. El cuidado, alimentación, vestuario y demás atenciones que los padres desvalidos o enfermos necesiten, serán atendidas por sus hijos, principalmente (Art. 2, Decreto No. 1065).

- b. Derecho a un nombre y apellidos que deben ser inscritos en el Registro del Estado Civil de las Personas

Doral García (sf) sostiene que de la filiación se deriva el derecho de toda persona a un nombre propio y sus apellidos.

La designación no sólo es distintivo exterior de la filiación sino un derecho inherente a la personalidad del hombre, que se impone como consecuencia del respeto a la individualidad de cada uno. Es el derecho que el hombre tiene a que se reconozca y respete su persona como individualidad distinta: el derecho para el individuo de ser él mismo. (p. 477)

El Código Civil vigente establece en el artículo 510 las formalidades del proceso de inscripción, indicando que los progenitores están obligados notificar del nacimiento de un niño o niña al Registro del Estado Civil de las Personas a más tardar dentro de ocho días subsiguientes al suceso, debiendo proporcionar la siguiente información: día y hora en que se verificó el nacimiento, sexo y nombre del recién nacido, nombres de sus progenitores.

La inscripción cumple una doble función, en primer lugar, “constata la vida, el conocimiento cierto de la existencia” y en segundo orden “fija la individualidad, la identidad indivisa y distinta” (Doral García, sf, p. 477).

La inscripción de un niño o niña en el Registro del Estado Civil de las Personas con los apellidos de sus progenitores, le habilita para usarlos en las relaciones sociales y ser identificado con ellos.

c. Derecho de recibir alimentos

La relación de filiación genera la obligación paterna y materna de prestar alimentos a sus hijos e hijas.

Brenes Córdoba (1984), señala que en la legislación la palabra alimentos tiene un significado más amplio del que objetivamente se deduce de la palabra:

En este caso tiene un significado más extenso que el de las sustancias nutritivas o comestibles, que ordinariamente asume, pues implica, además de lo necesario para el sustento del cuerpo, el vestido, la habitación, y los medios para recuperar la salud. Alimentos son, en consecuencia, las asistencias que se dan a algunas personas para su mantenimiento. (p. 235)

En este sentido, la Ley de Alimentos vigente (art. 1), entiende por tales todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades siguientes: a) Alimenticias propiamente dichas; b) De atención médica y medicamentos. c) De vestuario y

habitación; d) De educación e instrucción y aprendizaje de una profesión u oficio; e) Culturales y de recreación.

De la determinación de la filiación se deriva el derecho del niño a recibir alimentos de sus progenitores y la obligación de éstos de prestarlos, de ahí la relevancia de la práctica de la prueba de ADN, que permite determinar la filiación, de la que se desprende el derecho de niños y niñas a recibir la protección y cuidados de sus progenitores.

Después de haber estudiado la institución de la filiación y sus repercusiones jurídicas, se analizará los modelos que la doctrina ha establecido para la determinación de la filiación.

1.1.1 Modelos para el establecimiento de la filiación

En las legislaciones civiles existen diversos modelos para el establecimiento de la filiación. Sobre el tema, Gómez Bengoechea (2007) dice que existen dos modelos principales para establecer la filiación:

a. Concepción formalista

Este modelo privilegia los vínculos afectivos, asumiendo como “criterio fundamental para el establecimiento de la relación de filiación, la voluntad del padre o madre de asumir la paternidad o maternidad.” (Gómez Bengoechea, 2007, p. 104)

Esta concepción de la filiación subordina la realidad biológica y le confiere preeminencia a otros valores o elementos extrínsecos, que no se relacionan con la verdad biológica.

Asimismo, este modelo establece un conjunto de procedimientos formales que dificultan la investigación de la paternidad y maternidad biológica.

b. Concepción realista

Gómez Bengoechea (2007) explica que en este modelo, “prima la importancia del vínculo biológico” (p. 105), la existencia real del vínculo genético entre padre/madre e hijo/hija.

Los ordenamientos jurídicos que se adscriben al modelo de la concepción realista de la filiación reconocen el derecho a la investigación de la maternidad y la paternidad, estableciendo mecanismos administrativos y judiciales que posibiliten el conocimiento del origen biológico, a través de pruebas científicas de marcadores genéticos. Al respecto, Gómez Bengoechea (2007) explica:

El ordenamiento jurídico establece mecanismos jurídicos que posibilitan llegar a conocer la filiación biológica, permitiéndole a quien la busca investigar su filiación tanto en sentido positivo, de forma que se declare legalmente la paternidad o maternidad de aquél o aquélla que resulta ser el padre o la madre biológica, como en sentido negativo, estableciéndose también cauces que permitan la impugnación de la paternidad o la maternidad de aquél o aquélla que, apareciendo como padre o madre legal, no tiene en realidad vínculos biológicos con el hijo”. (p. 104)

El reconocimiento constitucional del derecho a investigar la maternidad y la paternidad sentó las bases jurídicas para adoptar la concepción realista de la filiación en el sistema jurídico nicaragüense.

La Ley de Responsabilidad Paterna y Materna se acoge a este modelo, al reconocer en su articulado el derecho de investigar la paternidad y maternidad a través de la prueba de ADN al presunto padre.

La legislación nicaragüense ha asumido históricamente las dos concepciones para la determinación de la filiación.

La concepción formalista está contenida en el Código Civil vigente de 1904, que no reconocía el derecho a investigar la maternidad y paternidad, salvo casos excepcionales.

Fiel a la tradición jurídica decimonónica, el Código Civil establecía distinción entre la filiación sanguínea (art. 199), que se clasificaba en legítima e ilegítima. Esta disposición que distingue la filiación en legítima e ilegítima, el consecuente uso de designaciones discriminatorias en materia de filiación y la negación expresa a investigar la paternidad ilegítima, estuvieron vigentes desde la aprobación del Código Civil en 1904, hasta la aprobación de la Constitución Política de 1987 que de forma expresa ordenó dejar sin vigencia “las disposiciones o clasificaciones que disminuyan o nieguen la igualdad de los hijos” (art. 75)

Se consideraba legítima la filiación cuando el hijo o hija nacía de dos padres casados entre sí o en el plazo de trescientos días después de declarado la disolución del matrimonio (art. 199) o cuando con posterioridad al nacimiento del hijo, los padres contraen matrimonio entre sí (art. 236). Se consideraba filiación ilegítima, todos los demás casos.

El Código Civil negaba el derecho a investigar la paternidad ilegítima, salvo en los siguientes casos (art. 225).

- a. Cuando existe escrito del padre, en que expresamente declare su paternidad.
- b. Cuando en caso de estupro, violación o rapto, coincida la época de la concepción (...) con la época del hecho punible.
- c. Cuando esté el hijo en posesión notoria del Estado

Asimismo, el Código Civil retoma del sistema de presunciones heredado del derecho romano, según el cual los hijos nacidos en el matrimonio se consideran del marido.

Este modelo formalista, fue superado en dos momentos. El primero, con la Constitución Política de 1987 que reconoce el derecho investigar la paternidad y maternidad y el segundo, con la aprobación de la Ley de Responsabilidad Paterna y

Materna (2007) que instituyó el procedimiento para la determinación de la filiación a través de la prueba de ADN.

El derecho a investigar la maternidad y paternidad se encuentra consagrado en la Constitución Política y es regulado en un conjunto de leyes que definen los mecanismos para su ejercicio, entre ellas, el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley No. 287, 1998) y la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna (Ley No. 623, 2007).

La Constitución Política de 1987 reconoce el derecho de todos los hijos e hijas a investigar la paternidad y la maternidad, garantizando el derecho de toda persona a conocer sus orígenes biológicos, los que son fundamentales para la construcción de su identidad.

El Código de la Niñez y la Adolescencia regula el derecho a investigar la paternidad y maternidad al reconocer el derecho de los niños y niñas “a tener un nombre propio, a conocer a su madre y padre y a ser cuidados por ellos”. (Ley No. 287, 1998, art. 13)

Por su parte, la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna facilita el reconocimiento de la paternidad al permitir a madres solteras, declarar ante los funcionarios o funcionarias del Registro del Estado Civil de las Personas del municipio, el nombre del presunto padre, debiendo el Registrador inscribir al hijo o hija con el apellido del presunto padre y el apellido de la madre provisionalmente (art. 6).

La declaración hecha por la madre, genera un procedimiento administrativo para la determinación de la filiación, que implica la realización de los siguientes actos:

- *Notificación.* Consiste en comunicar dentro de los tres días posteriores a la inscripción, al presunto padre para que dentro del término de 15 días comparezca a expresar lo que tenga a bien sobre la respectiva inscripción de paternidad, bajo el apercibimiento que de no hacerlo se procederá a reconfirmar la inscripción del hijo o hija (art. 7)

- *Comparecencia del presunto padre ante el Registrador.* Ante la notificación, el presunto padre puede presentarse al registrador, afirmando o negando la paternidad. En el primer caso, se confirma definitivamente la inscripción; en el caso de negación de la paternidad, el presunto padre deberá practicarse la prueba de ADN para determinar su filiación con el hijo o hija, en caso de negarse a practicarse la prueba se aplicará la presunción de paternidad, inscribiendo definitivamente al niño o niña con el apellido de ambos progenitores.
- *Aplicación de la prueba de ADN* al presunto padre, la madre y el niño o niña, la que determinará o excluirá la filiación.

Este procedimiento, establece la obligatoriedad de realizar la prueba de ADN al presunto padre en razón de que el legislador privilegia el derecho del niño y la niña a la identidad por encima del derecho del presunto padre a la intimidad.

El derecho reconoce tres formas de reconocer la filiación:

- *Reconocimiento voluntario.* Es aquel que hace el padre ante funcionarios del Registro del Estado Civil de las Personas, en escritura pública y en testamento. (art. 198, inc. a. b c). Díez-Picazo y Gullón (2006) dice que al acto de reconocimiento se le atribuyen los siguientes caracteres: i. Es un acto voluntario; ii. Es un acto personalísimo, propio del padre o de la madre exclusivamente; iii. Es un acto puro, no sujeto a término ni condición; iv. Es un acto irrevocable. (pp. 260-262)
- *Reconocimiento administrativo.* Es el realizado ante funcionarios del Registro Civil de las Personas cuando la madre al momento de inscribir al niño o niña, declara el nombre y los datos del presunto padre ante la persona responsable del Registro, quien realiza una inscripción provisional.
- *Reconocimiento judicial.* Es el que resulta de sentencia dictada por juezas y jueces de los juzgados de familia o juzgados civiles locales y locales

únicos, en el que a través de un proceso contencioso se ha establecido la filiación entre el padre y su hijo o hija. (art. 209)

En la actualidad se encuentra en proceso de aprobación el Código de Familia, que es el cuerpo normativo que unifica y actualiza la legislación nacional que regula los asuntos familiares, entre ellos, la filiación y su determinación³.

Cuando entre en vigencia el Código de Familia, que derogará el Libro Primero del Código Civil, quedará establecido el análisis de ADN como la prueba más importante para la determinación de la filiación, es decir, el modelo realista.

Considero que el modelo realista de la filiación es el más acorde a los tiempos que corren y la realidad social. Los avances científicos hacen posible determinar la filiación con absoluta certeza.

Asimismo, la legislación internacional de los derechos humanos, que tiene carácter irreversible, ha reconocido el derecho a la identidad, como un derecho humano inherente a la condición humana.

Sobre el carácter irreversible de los derechos humanos, Nikken (1994) ha señalado:

Una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada” (p. 9).

Es decir, que el derecho a la identidad, al haber sido reconocido como un derecho humano fundamental por los tratados internacionales de derechos humanos, no puede perder tan condición, porque en palabras d “sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo” (Nikken, 1994, p. 10).

³ La propuesta de articulado del Código de Familia también establece tres formas de reconocer la paternidad, que son: voluntario, administrativo y judicial.

1.2 Procedimiento para determinación de la filiación: el núcleo problemático

En este apartado, se analizará la constitucionalidad del procedimiento establecido para la determinación de la filiación en la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna, que implica, como se ha señalado anteriormente, la realización obligatoria de prueba de ADN al presunto padre.

La legislación actual, como la que prontamente entrará en vigencia, establece la obligatoriedad de la prueba de ADN al presunto padre para el establecimiento de la filiación.

Esta disposición es objeto de discusión porque, a juicio de doctrinarios, juristas y principalmente, los padres que se niegan a practicarla, atenta contra el derecho a la intimidad.

De este argumento, surge la pregunta fundamental de esta investigación: ¿la prueba obligatoria de ADN para determinar la paternidad, violenta el derecho a la intimidad?.

Para determinar o no el carácter constitucional del procedimiento, se desarrollará el alcance y contenidos de los derechos que entran en juego en la determinación de la filiación, el derecho a la identidad del niño y el derecho a la intimidad del presunto padre.

1.2.1 Derecho a la identidad. Noción, concepto, caracteres, concreción en nuestro ordenamiento

Erikson (1981) analiza la perspectiva psicológica de la identidad, señalando que la misma:

Está formada por la percepción más o menos estable que la persona tiene de sí misma y de las cualidades, los defectos y los recursos que le son

particulares como alguien único y diferente de todas las demás personas (p. 20).

En el ámbito jurídico, el derecho a la identidad está referido al interés por conocer el propio origen biológico. Este conocimiento contribuye a la formación de la identidad personal, “en la que se apoyan y fundamentan la propia estima y el sentido de la dignidad personal”. (Gómez Bengoechea, 2007, p. 36).

En el ámbito jurídico, el derecho a la identidad “aparece casi siempre vinculado a la filiación, su determinación y el derecho a conocer el origen biológico” (Gutiérrez de Colmenares, 2003, p. 1471).

La Convención sobre los Derechos del Niño, es el primer instrumento internacional que reconoce el derecho a la identidad personal, al establecer el derecho de todo niño y niña a “la inscripción de su nacimiento, al nombre, la nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” (art. 7). Este artículo, dice Gómez Bengoechea (2007) “supone la aparición del derecho a la identidad con contenido propio, como derecho sustantivo e independiente de los demás” (p. 54)

Hernández- Díaz (2005) consideran el derecho del niño a preservar su identidad “como un derecho absoluto inherente a su persona que consiste en el derecho a ser uno mismo y en la obligación de los demás de respetar la identidad personal” (p. 3)

El principal argumento para atribuir a la identidad la condición de derecho fundamental, es “su conexión, íntima, con la dignidad de la persona”. (Romero González, 1999, p. 7)

El derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico nicaragüense se materializa el derecho de todo niño y niña a ser inscrito en el Registro del Estado Civil de las Personas, llevar el apellido de ambos progenitores y recibir su protección y cuidado y en caso de no poder establecerse su filiación al momento del nacimiento, poder investigar la paternidad y maternidad en búsqueda de la verdad biológica.

En tal sentido la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna, regula los siguientes aspectos: i. El derecho de las hijas e hijos a tener nombres y apellidos; ii. Derecho a su inscripción expedita; iii. Derecho de las hijas e hijos a la determinación de la filiación paterna, materna o ambas; iv. Derecho de los niños y niñas a obtener alimentos a través de mecanismos administrativos y judiciales, ágiles y gratuitos. (art. 1)

La identificación del niño y niña se realiza en función de establecer su filiación y hacer valer sus derechos ante sus progenitores.

a. Protección jurídica del derecho a la identidad

El derecho a la identidad es protegido de diversas formas en los ordenamientos jurídicos del mundo, a continuación se presentan los principales modelos de protección y sus implicaciones.

Gómez Bengoechea (2007, p. 62), analiza las tendencias en la protección que el derecho a la identidad recibe en el ordenamiento jurídico anglosajón y europeo continental, identificando al menos tres, a saber:

- Constituciones que reconocen el derecho a la identidad como derecho autónomo y con contenido propio

En el primer caso, el orden constitucional reconoce expresamente el derecho a la identidad, catalogándolo incluso, como un derecho fundamental., tal es el caso de las Constituciones de Portugal, Rumania, Ecuador, Perú y Paraguay.

- Constituciones que no hacen referencia a la identidad como derecho y tampoco a la protección de sus expresiones o manifestaciones más comunes

En estos países, el legislador constituyente ha decidido regular el derecho a la identidad y sus manifestaciones más frecuentes en la legislación secundaria, frecuentemente, en leyes específicas para la niñez y adolescencia, en las que establecen el derecho al nombre y la nacionalidad o el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

- Estados que sin recoger expresamente el derecho a la identidad en sus textos constitucionales sí protegen algunas de sus expresiones.

Tal es el caso nicaragüense, que no establece expresamente el derecho a la identidad en el texto constitucional, pero sí establece el derecho de la investigación de la paternidad.

Los padres deben atender el mantenimiento del hogar y la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, con iguales derechos y responsabilidades. Los hijos a su vez, están obligados a respetar y ayudar a sus padres (art. 73).

El Estado protege la paternidad y maternidad responsable. Se establece el derecho de investigar la paternidad y la maternidad (art. 78).

El ordenamiento jurídico nicaragüense, regula los derechos que nacen de la identidad en la legislación secundaria, principalmente, en el Código de la Niñez y la Adolescencia que establece:

- o El derecho del niño y la niña a la nacionalidad, a tener un nombre propio inscrito en el Registro del Estado Civil de las Personas, conocer a sus progenitores (art. 13)
- o Derecho a pertenecer a una familia (art. 21)
- o Obligación de progenitores de cuidar el desarrollo integral de sus hijos e hijas (art. 24)

Derecho a obtener una pensión alimenticia de forma expedirá (art. 25)

- b. Protección material del derecho a la identidad como presupuesto de la filiación

El derecho a la identidad con relación a la filiación, se protege a través de diversos medios, entre ellos:

- b.1. Identificación del recién nacido e inscripción en el registro

El acto de inscripción garantiza la veracidad de los datos de filiación, su permanencia y publicidad. Gómez Bengoechea (2007) señala que “la inscripción registral da fe del hecho del nacimiento, la fecha y hora y el lugar del mismo, el sexo, y, en su caso, de la filiación del inscrito” (p. 109)

El Registro Civil de las Personas es una institución de orden público por medio de la cual el Estado inscribe, da fe pública y publicidad del acaecimiento y las características de los sucesos vitales de la población⁴.

La fe pública es una de las características del Registro Civil de las Personas, es por ello, que el Código Civil estatuye que :

Las certificaciones de las partidas de nacimiento, de matrimonio o de defunción, extendidas en debida forma por el Registrador, lo mismo que las referentes a la legitimación, reconocimiento de los hijos ilegítimos, y demás actos sujetos a inscripción, harán prueba del respectivo estado civil, así en juicio como fuera de él. (art. 564)

Según lo instituido en el Código Civil (art. 503), en el Registro Civil de las Personas se pueden asentar los siguientes hechos y actos vitales:

⁴ En la actualidad se está discutiendo en la Asamblea Nacional la iniciativa de Ley General del Sistema de Registros del Estado Civil de las Personas de la República de Nicaragua, que regulará la organización y funcionamiento del Registro Civil. Esta iniciativa reafirma la facultad de los Registradores del Estado Civil de conferir fe pública a todas las actuaciones, declaraciones y certificaciones, que con tal carácter autoricen, confiriéndole eficacia y pleno valor probatorio” (art. 5, inc. f) y adiciona los siguientes hechos y actos susceptibles de inscripción relativos al Estado Civil de las Personas: unión de Hecho Estable y la Declaración Preventiva de Paternidad. (art. 34)

1. Los nacimientos
2. Los matrimonios.
3. La legitimación de los hijos.
4. El reconocimiento de los hijos ilegítimos.
5. Las emancipaciones y declaraciones de mayoría de edad.
6. El discernimiento de las guardas.
7. Las defunciones.
8. Las sentencias de separación de cuerpos, de divorcio, nulidad de matrimonio y declaración de ausencia.

El Código de la Niñez estatuye en el artículo 14 que para preservar el derecho a la identidad de los niños y niñas, éstos deben ser inscritos “en el registro de nacimientos en los plazos que la ley de la materia establece”. Asimismo, establece la obligación estatal de garantizar “mecanismos ágiles y de fácil acceso de inscripción” y de extender “gratuitamente el primer certificado de nacimiento”.

La ley otorga el plazo ordinario de un año para realizar las inscripciones de niños y niñas, si transcurrido este plazo, no se ha realizado la inscripción, se debe realizar un procedimiento de declaración del Estado Civil ante los Juzgados Locales de lo Civil para realizar la inscripción.

b.2. Determinación de la filiación

Para determinar la filiación, cuando esta no ha quedado establecida en el acto de inscripción del recién nacido, el ordenamiento jurídico establece dos posibilidades.

b.2.1.1 Determinación extrajudicial de la filiación

Se refiere al establecimiento de mecanismos jurídicos para determinar la filiación, sin necesidad de que intervenga la autoridad judicial.

En esta posibilidad cabe diferenciar dos situaciones:

- Hijo/ hija nacido dentro del matrimonio

La determinación de la filiación matrimonial opera bajo la máxima del derecho romano *pater is est quem nuptiae demostrant* (Lasarte Álvarez, 2003, p. 38) retomada por el Código Civil nicaragüense que establece que “El marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio” (art. 199).

Esta disposición se inscribe en el sistema de presunciones operante en el Código Civil, sin embargo, este sistema puede obligar a tener por verdad, lo que probable o posiblemente, en algunos casos, no puede coincidir con la realidad. De manera que la legislación civil nicaragüense establece la posibilidad de impugnar la paternidad en sus artículos 200 y 207.

- Determinación de la filiación no matrimonial

El ordenamiento jurídico permite la determinación de la filiación de todos los hijos e hijas nacidos fuera del vínculo matrimonial o la unión de hecho estable, la que tiene los mismos efectos que la filiación matrimonial, en tanto no puede haber diferencias entre los hijos e hijas.

Esta posibilidad para determinar la filiación está regulada en la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna, que establece que al momento de la inscripción, cuando no haya reconocimiento del padre, la madre podrá declarar, mediante acta ante los funcionarios o funcionarias del Registro del Estado Civil de las Personas, quien es el presunto padre de su hijo o hija. (art. 6)

Esta declaración de paternidad de su hijo o hija, genera un trámite administrativo de reconocimiento, que implica en caso de la negación del presunto padre a reconocer la paternidad, la obligación de practicar la prueba científica de marcadores genéticos o Ácido Desoxirribonucleico (ADN), al presunto padre, a la madre y al hijo o hija.

El mecanismo señalado en la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna por el que la madre puede declarar el nombre del presunto padre, responde a la necesidad de

garantizar a los niños y niñas el derecho a la identidad, que frecuentemente era vulnerado por los formalismos establecidos en el Código Civil en relación a la inscripción de niños y niñas cuando no mediaba vínculo matrimonial, lo que permitían a los padres evadir sus responsabilidades.

1.2.2 Derecho a la intimidad. Noción, concepto, caracteres, concreción en nuestro ordenamiento

Un sector de la doctrina considera que el mecanismo definido en la actual Ley de Responsabilidad Paterna y Materna y en el Código de la Familia que pronto entrará en vigencia, que establece la práctica de la prueba de ADN para determinar la filiación paterna, violenta el derecho a la intimidad del presunto padre.

El derecho a la intimidad, como se ha señalado anteriormente constituye “una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano” (Bidart Campos, 1999, p. 520), dentro de la cual tanto podemos excluir las intrusiones ajenas y el conocimiento generalizado de la vida privada por parte de terceros.

Moreno Castillo (1999) explica que en la jurisprudencia española el derecho a la intimidad se perfila en la “existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, (pp. 109- 110).

Retomando la jurisprudencia y doctrina, Moreno Castillo (1999) define el derecho a la intimidad como:

El derecho de toda persona a mantener un ámbito individual alejado de intromisiones ilegítimas y como resultado de ello, ejercer un control constante y efectivo sobre la información relativa al mismo que permita el libre desenvolvimiento de su personalidad” (p. 113).

Del derecho a la intimidad, se desprende el derecho a la intimidad genética, es decir, a la protección del patrimonio genético que constituye “un signo característico

y distintivo del individuo, inseparable de su persona, los elementos biológicos representan lo más interior del ser” (Varsi Rospigliosi, 1999, p. 165).

Varsi Rospigliosi (1999, p. 166) cita a Guido & Morales (2011) quienes sostienen que la intimidad genética se refiere a “la facultad con la que cuenta el sujeto de derecho a fin de mantener su bioautonomía libre de intromisiones, restringiendo el acceso a la información que de ella se desprende”

Es un derecho básico agrega Varsi Rospigliosi (1999) “protege y respeta la intangibilidad de su patrimonio genético, ya que el genoma de cada individuo se diferencia de cualquier otro por su carácter estrictamente personal” (p. 167), de manera que la investigación de la paternidad, al indagar en el patrimonio genético de las personas, está relacionada con el derecho a la intimidad genética.

Doral García (sf) indica que “la intimidad guarda estrecho parentesco con la protección del honor, la custodia y administración sobre su propio honor y fama”. (p. 482)

En Nicaragua el derecho a la intimidad está regulado en el texto constitucional, que establece el derecho a la vida privada (art. 27, inc. 1).

El derecho a la intimidad implica la protección de la vida íntima, que incluye aspectos personales, familiares y sociales cuyo conocimiento pertenece a su titular, y a las personas, con las que libremente quiera compartirlo.

Por extensión, el derecho a la intimidad implica la protección de nuestra interioridad biológica, es decir, la información de la estructura biogenética. Coincido plenamente con Varsi Rospigliosi (1999) cuando afirma que:,

El patrimonio genético constituye un signo característico y distintivo del individuo, inseparable de su persona, un elemento especial; los elementos biológicos representan lo más interior del ser y como tal surge la necesidad

de estructurar un derecho cuyo objeto sea la protección de lo más intrínseco y configurador del hombre, su genoma". (p. 168)

Este derecho implica dos aspectos fundamentales, en primer orden, el conocimiento mismo, es decir, la facultad de decidir quién conoce sobre nuestra vida íntima, y en segundo orden, la divulgación de ese conocimiento.

1.2.3. Argüida contraposición entre uno y otro derecho. Fundamentos legales y prácticos de la controversia

La identidad y la intimidad son derechos fundamentales vinculados a la dignidad humana, sin embargo, su realización simultánea puede suponer conflictividad entre el derecho del niño a conocer a sus progenitores, recurriendo a los mecanismos establecidos en el derecho positivo, incluso la práctica de prueba de ADN al presunto padre y el derecho de éste a la protección de su fuero interior en el que cabe la intimidad genética.

En el contexto de los procesos de filiación, dice Romero Coloma (2009), el derecho fundamental a la intimidad del que es titular el padre puede verse vulnerado por la aplicación de pruebas biológicas para la determinación de la filiación.

La problemática puede quedar resumida en si el derecho del hijo a conocer quién es su padre es preferente a otros derechos fundamentales de los que el progenitor goza, como lo son el derecho a la integridad física y/o psíquica, el derecho a la libertad y el derecho a la intimidad. (p. 127)

La misma autora sostiene que la determinación de la filiación a través de pruebas biológicas, puede producir colisión entre el derecho a la intimidad reconocido al presunto padre y el derecho a conocer a sus padres reconocidos a los hijos e hijas. La siguiente cita de Romero Coloma (2009) resulta ilustrativa de esta colisión:

Precisamente ha sido este derecho fundamental a la intimidad el que ha sido invocado con más frecuencia con motivo de la valoración por los Tribunales

del resultado de las pruebas biológicas sobre paternidad y, sobre todo, de la negativa de una de las partes a su práctica. (p. 127)

De esta colisión de derechos fundamentales, nos ocuparemos más adelante.

1.2.4 Tratamiento de solución a la contraposición esgrimida

1.2.4.1. Filiación y Orden público familiar

La investigación de la filiación materna y paterna y el establecimiento de procedimientos para investigar el propio origen biológico, es un asunto de orden público, en tanto corresponde a la condición humana el deseo de conocer sus orígenes.

La noción de orden público, entendida como “aquello que por ser esencial y básico para la conciencia social, no puede ser desconocido por el derecho” (Pellisé Prats & Mascareñas, 1986) contribuye a dimensionar la centralidad que tiene la determinación de la filiación en tanto constituye un elemento esencial para la construcción de la identidad personal y cohesión social.

El orden público es un concepto jurídico indeterminado (Arnaldo Alcubilla, 2011, p. 218) que alude a las convicciones, principios y valores básicos imperantes en un determinado tiempo y espacio geográfico y sociedad.

La mayoría de autores insiste en diferenciar orden público de ordenamiento jurídico, al respecto, señala que el orden público es “el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico, y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado” (Fernández & Sánchez, 1993, p. 41).

Siendo imposible que el derecho positivo regule todas las situaciones posibles en la dinámica social, el concepto de orden público, cumple una función complementaria para guiar la búsqueda del sentido de justicia a partir de la consideración de aquello

que es esencial para sostener la vida y relaciones sociales, en un contexto determinado.

Considero que el orden público ciertamente se nutre de valores, principios esenciales que se encuentran presentes en la conciencia colectiva de una sociedad en un momento determinado, es decir, que en su génesis, el orden público no constituye parte del derecho escrito.

No obstante, estos principios deben ser retomados por la función legislativa, a fin de elevarlos a categoría de norma jurídica.

De ahí que Virga (1954) sostenga que el orden público se “dirige a tutelar bienes y principios que no son tomados en consideración por una norma jurídica, pero son considerados esenciales para la vida civil de un determinado momento histórico” (p. 19)

Aplicada al ámbito de las relaciones familiares, el orden público se constituye como los principios fundamentales, compartidos socialmente, “en torno a la constitución y estructura familiar, los derechos y prohibiciones de sus integrantes”. (Guitrón Fuentevilla, 2003, p. 16)

La noción de orden público en nuestro tiempo impone la centralidad del cuidado parental para el bienestar de niños y niñas, que se deriva de los derechos y obligaciones que nacen del establecimiento de la filiación.

En este sentido, Romero Coloma (2009) explica:

Es evidente que la cuestión de la determinación de una filiación, en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil, es materia de orden público, tanto por su extraordinaria trascendencia como por la importancia que supone el que de esa determinación derive el status de hijo para una persona determinada y esta circunstancia no debe quedar al capricho o veleidad de una de las partes

afectadas -generalmente, el presunto padre-, ni a merced de su voluntad o autonomía. (p. 143)

Del orden público familiar se deriva que la determinación de la filiación, constituye un interés social que indudablemente, trasciende al ámbito meramente privado de la persona.

La Ley de Responsabilidad Paterna y Materna, reconoce que la determinación de la filiación como un asunto de orden público, de interés social y de obligatorio cumplimiento para garantizar los derechos de las niñas, niños (art. 4).

El carácter de orden público que prevalece en los procesos para la determinación de la filiación, impone al presunto padre la obligación de colaborar con el sistema de justicia a través de la práctica de prueba de ADN, la que determina o excluye con absoluta certeza, la relación de filiación que se le imputa.

En la Constitución Política hay un conjunto de artículos (art. 70, derecho a la familia; art. 78, paternidad y maternidad responsable) que regulan la constitución y estructura familiar, los derechos y prohibiciones en las relaciones familiares, de los que se puede extraer la noción de orden público, entre ellos:

- Centralidad de la determinación de la filiación y el establecimiento de las formas para su determinación, lo que permite garantizar a niños y niñas el derecho a tener una familia y recibir de ella, atención y cuidados.
- La protección del matrimonio y la unión de hecho, que implica la protección de la filiación paterna y materna que se derivan de estas uniones.
- La promoción de la responsabilidad paterna y materna, que implica el establecimiento de la prueba de ADN como mecanismo para determinar la filiación, de manera que los progenitores ejerzan los derechos y asuman las responsabilidades que devienen de la filiación.

El orden público familiar está referido pues a la protección del interés general de la sociedad, en el que tiene cabida la protección del Estado Civil, en el que tiene cabida la filiación.

Guzmán García (2008) explica que el Estado Civil es caracterizable como de orden público, en el sentido que “las formas en que se prueba están determinadas en la ley” (p. 76).

La noción de orden público que se desprende del texto constitucional apunta a la configuración de relaciones familiares basadas en derechos y obligaciones recíprocas, las que se generan en el acto de la determinación de la filiación, que es posible, entre otros medios, a través la realización de la prueba de ADN al presunto padre.

El orden público de familia está referido a los grandes consensos sociales, la conciencia, valores, principios que definen los arreglos y estructura familiar, la forma de ser y vivir en familia.

Este orden público es la principal fuente de derecho del legislador en temas de familia, de manera que los elementos más fundamentales de los arreglos familiares, entre ellos, la responsabilidad materna y paterna de atender el cuidado de sus hijos e hijas, del que deriva la investigación de la maternidad y paternidad a través de la prueba de ADN, es un asunto de orden público.

De la noción de orden público familiar se deriva la centralidad de la determinación de la filiación para hacer valer los derechos y obligaciones recíprocas entre hijos y sus progenitores.

Escobar Fornos (2005) plantea que la filiación, como muchas instituciones del derecho civil recibe un tratamiento constitucional, de manera que

Lo que en extenso regula el Código Civil lo consagra en breves principios y directrices el Derecho Constitucional. Contempla las facetas más próximas al hombre, aquellas que se relacionan con su nacimiento, su capacidad, sus relaciones familiares, su tráfico jurídico y disfrute de las cosas, y su muerte. Las normas, valores y principios del Derecho Civil constitucional son

superiores jerárquicamente al Código Civil y a las demás leyes y, por tal razón, el legislador ordinario y el intérprete deben seguir sus orientaciones (p. 26)

En este sentido, las disposiciones constitucionales que regulan la filiación, entre ellas el derecho a la investigación de la maternidad y la paternidad, al estar adscritas al orden público, son cónsonas con la práctica de la prueba de ADN al presunto padre, que es el medio científico que permite determinar la filiación con absoluta certeza.

1.4.2.2. Carácter constitucional de ambos derechos: la pretendida superioridad del principio de interés del niño

En los apartados anteriores se ha analizado que en los procesos de determinación de la filiación a través de la obligatoria prueba de ADN al presunto padre, concurren dos derechos que en su aplicación resultan excluyentes, esto es, el derecho del niño o niña a la identidad y el derecho del presunto padre a la identidad.

Es decir, que pueden existir conflictos entre derecho del niño a que se establezca su filiación para recibir la protección que su progenitor le debe, con el derecho del presunto progenitor a la intimidad.

La colisión de dos derechos igualmente reconocidos supone un dilema que en el caso de afectar a niños, niñas y adolescentes debe resolverse tomando en consideración el principio del interés superior del niño.

Este principio, consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 10 del Código de la Niñez y la Adolescencia implica la obligación de las familias, autoridades administrativas y judiciales, de adoptar las decisiones que más favorezcan el desarrollo integral de los niños y niñas, privilegiando las medidas que contribuyan a esta finalidad por encima de otras.

Como se ha explicado anteriormente, la relación entre el principio del interés superior y la realización de la prueba de ADN al presunto padre, se han desarrollado dos posturas antagónicas.

a. La prueba obligatoria de ADN lesiona derechos constitucionales

La principal fuente de esta postura son los argumentos presentados ante los Tribunales de Justicia por los propios padres que son conminados a realizarse la prueba de ADN en los procesos de determinación de la filiación.

En esencia esta postura sostiene que la obligatoriedad de la prueba de ADN entra en colisión con otros derechos constitucionales del presunto padre, entre ellos el derecho a la intimidad (art. 26 Cn.).

Al respecto, Romero Coloma (2009) dice que:

En esta clase de juicios se produce la colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas, pues la realización de la prueba puede vulnerar el derecho a la intimidad del presunto padre, y la no realización de la prueba, puede vulnerar el derecho del niño y la niña a la intimidad (p. 143).

Otro sector doctrinario afirma que la intromisión en la intimidad e integridad de la persona para realizar la prueba biológica, aunque afecta la intimidad, es aceptable y justificable, en Derecho, para conseguir una prueba de filiación.

- La obligatoriedad de la prueba se justifica en el principio del interés superior del niño.

La segunda postura es planteada por numerosos doctrinarios (Azpiri, 2006; Chieri & Zannoni, 2001) quienes asumen que el procedimiento que obliga al presunto padre a realizarse la prueba de ADN para determinar su filiación respecto a un niño o niña, se justifica en el principio del interés superior establecido en la Convención sobre los

Derechos del Niño, que tiene como finalidad garantizar a niñas y niños su derecho a la identidad.

Para los precitados autores, en la aplicación obligatoria de la prueba de ADN no hay acto lesivo a derechos constitucionales, pues el mismo texto constitucional, al reconocer la vigencia plena de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece la consideración del principio del interés superior, que en este caso, cumple la función de garantizar a los niños y niñas su derecho a la identidad, generando vínculos de derechos y obligaciones recíprocas entre el padre y su hija o hijo, entre ellos, derecho de los segundos a recibir alimentos y de los primeros a ejercer la tutela.

En este sentido, Hernández- Díaz (2005), dice que la negativa del presunto padre a realizarse la prueba de ADN no puede fundarse “aduciendo que atentan a la intimidad y la dignidad de la persona” ya que “debe de prevalecer el interés social y de orden público... porque entran en juego los derechos de alimentos y sucesorios”. (p. 33).

Los mismos autores, retomando sentencias de órganos jurisdiccionales españoles señalan que “el derecho a la intimidad no puede convertirse en una barrera para facilitar el desconocimiento de las cargas y deberes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto a posibles vínculos familiares” (Hernández- Díaz. 2005, p. 34).

Resulta ilustrativa la Sentencia RJ 2002, 8461 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España en relación el recurso de amparo de un ciudadano que por negarse a la práctica de la prueba de ADN en el marco de un proceso de determinación de la filiación, se le ha aplicado la presunción de paternidad, medida contra la que recurre:

Resulta paradójico que una persona que de forma arbitraria se niega a obedecer a las autoridades judiciales pretenda obtener ahora, pese a haber sido advertido de las consecuencias de su negativa a la práctica de la prueba

biológica, la declaración de que se ha producido un error en la valoración de la prueba por parte del Tribunal Supremo, habiendo resultado lesionados por ello sus derechos fundamentales, pues entonces, no ya solo los deberes de buena fe, de lealtad procesal y de prestar la colaboración requerida por los Tribunales, sino el deber que impone la Constitución a todos los ciudadanos de velar por sus hijos menores, sean procreados dentro o fuera del matrimonio, se ven frustrados cuando se intentan eludir las responsabilidades y obligaciones derivadas de la paternidad.

En otra sentencia el Tribunal Constitucional español (1994-III-467) sostuvo que:

No se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio de filiación. En esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad... Sin que los derechos constitucionales a la intimidad, y a la integridad física puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en la sentencia 154/2005 asumió que la prueba de ADN no implica una violación al derecho a la intimidad del presunto padre, porque con ella no se revela el mapa genético de la persona, sino su huella genética, avocada únicamente a determinar si existe o no una relación de ascendencia entre el presunto progenitor y el menor de edad. (Sentencia 154/2005)

Asimismo, Romero Coloma (2009) sostiene que en la prueba de ADN en los procesos de determinación de la filiación, debe prevalecer el interés social y de

orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos. (p. 145)

Para Varsi Rospigliosi (1999, p. 144) el sometimiento a las pruebas genéticas ordenadas por el juzgador para investigar la paternidad es una colaboración obligatoria en el proceso judicial.

Conviene señalar que la legislación nicaragüense no autoriza usar la coerción física para obligar al presunto padre a practicarse la prueba de ADN, sino que establece la presunción de paternidad, en razón de la cual “el Registrador procederá a aplicar la presunción de la paternidad y reconfirmará al hijo o hija con los apellidos de ambos progenitores, quedando firme dicha declaración administrativa otorgándoles las obligaciones legales propias de la paternidad” (art. 10).

Esta medida se aplica tomando en consideración que la negativa a someterse a la prueba de ADN es un indicio del que se extrae la presunción de que la paternidad reclamada es cierta. Se aplica por analogía los preceptos del procedimiento civil respecto a la confesión ficta y al reconocimiento de documentos, de manera, que el presunto padre es apercibido de que en caso de oponerse a la realización de la prueba se tendrán por ciertos los hechos que con ella se querían demostrar.

En todo caso, la declaración administrativa de filiación, no limita el derecho del progenitor a impugnar en la vía judicial. Aunque la ley no lo establece de forma taxativa, cabe la posibilidad de intentar Recurso de Amparo, bajo el argumento de una vulneración al derecho a la intimidad del presunto padre.

II. Constitucionalidad de la prueba de ADN al amparo del principio del interés superior del niño

Pese a la centralidad que ocupa, la Convención sobre los Derechos del Niño no define el significado del principio del interés superior, de manera que ha correspondido a la doctrina jurídica establecer el significado y alcance del mismo.

Atienza (1991) considera que el principio del interés superior “se trata de una clase de norma jurídica que expresa la obligación de perseguir determinadas finalidades u objetivos sociales considerados valiosos por el legislador” (p. 101)

Cillero Bruñol (1998) expone que el principio del interés superior se utiliza para “resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos” (p. 8). En el mismo sentido, Torres Perea (2006) enfatiza que este principio, es un concepto jurídico indeterminado que debe ser interpretado y aplicado en cada supuesto “cuya aplicación sólo cabe para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor. Si no media conflicto, no ha lugar a aplicarlo” (p.3)

Gatica y Chaimovic (2002) exponen el principio de interés superior significa que “ni el interés de los padres, ni el de la sociedad, ni el del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a los derechos del niño” (p. 2)

Considero que el principio del interés superior es un principio moderno del derecho internacional de los derechos humanos, que se aplica no sólo cuando hay conflictos de derechos, sino en todas las medidas que las autoridades adopten en relación a la niñez y adolescentes.

El principio del interés superior del niño es un principio rector orientado a favorecer el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, por tanto, debe guiar los procesos de formulación de leyes y políticas públicas, el funcionamiento de las instituciones públicas y privadas y las decisiones familiares.

2.1 Jerarquía del principio del interés superior del niño

La jerarquía del principio del interés superior está condicionada por el lugar que ocupa la Convención sobre los Derechos del Niño en el ordenamiento jurídico, sobre la que se han sentado diversas posturas, que a continuación se analizan.

El Estado de Nicaragua ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990 quedando incorporada al ordenamiento jurídico nacional; siguiendo la tendencia de

la región latinoamericana de constitucionalizar los derechos de la niñez, en 1995 la vigencia plena de la Convención fue reconocida en el texto constitucional (art. 71).

La reforma de 1995, al reconocer la plena vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño e incorporarla a la norma de más alto rango jurídico nacional, extiende el catálogo de derechos fundamentales y garantías hacia los niños, niñas y adolescentes.

La jerarquía que ocupa la Convención sobre los Derechos del Niño en el ordenamiento jurídico está determinada en la misma Constitución Política, que de forma taxativa reconoce en el artículo 71 su plena vigencia.

Al respecto, Meléndez (2006) señala que:

Las constituciones del continente le otorgan diferente valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos. En algunos casos se les otorga rango supraconstitucional, y en otros, el mismo rango que la Constitución. Pero en la mayoría de los países se les confiere rango infraconstitucional, considerándoseles, por lo general, que tienen supremacía respecto de la legislación secundaria (p. 566)

Según el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF por sus siglas en inglés) en la mayoría de los países la Convención está subordinada a la Constitución pero prevalece sobre la legislación ordinaria, en otros, tiene el mismo peso que la Constitución y en otros posee el mismo valor jurídico que el resto de la legislación. (UNICEF, 2008, p. 15)

Retomando la producción doctrinaria, se pueden sostener las siguientes posturas en relación a la jerarquía que ocupa la Convención en la legislación nacional.

- a. Que la Convención tiene rango supra constitucional (Ayala Corao, 2002; Henderson, 2004)

Para este modelo, sostiene Ayala Corao (2002), los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por los Estados, prevalecen aún respecto a la Constitución del propio Estado. Esto implica, agrega Henderson (2004) que los tratados internacionales pueden regir aun oponiéndose a la propia constitución.

b. Que tiene el mismo rango constitucional (Gutiérrez de Colmenares, 2003)

Este modelo, dice Gutiérrez de Colmenares (2003) equipara a los instrumentos internacionales de derechos humanos al mismo nivel que la Constitución, es decir, adquieren la supremacía y en consecuencia la rigidez, propias de la Constitución. Este autor, sostiene que la Constitución Política de Nicaragua se ubica en este modelo.

Meléndez (2006) sostiene que la Constitución Política Nicaragüense ubica a los tratados internacionales enunciados en el artículo 46 y 71 -entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño- en el mismo rango de la Constitución.

c. Que tiene rango constitucional supra legal, es decir, que está ubicado por debajo de la constitución, pero encima de la legislación interna

Según Gutiérrez de Colmenares (2003), en este modelo los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos no están por encima de la Constitución, ni al mismo nivel de la Carta Fundamental, pero sí están por encima de las leyes secundarias, es decir, prevalecen sobre la legislación nacional.

d. Que tiene el mismo rango que la legislación interna

En este modelo, dicen Ayala Corao (2002) y Gutiérrez de Colmenares (2003), los tratados internacionales tienen el mismo rango que la ley interna, en tanto, “la supremacía jurídica de la Carta Magna, no puede haber un instrumento normativo superior, ni igual debido a que sólo ella ocupa esa posición en la pirámide del ordenamiento jurídico”. (López, 2012, p. 47).

En el ámbito nacional, García Palacios considera que “el tratado internacional una vez que ha seguido todo el procedimiento que ya se ha señalado forma parte del ordenamiento jurídico nicaragüense en una posición de igualdad a la ley de carácter ordinario” (García Palacios, 2010, p. 60)

García Palacios (2010) afirma que:

No cree que el reconocimiento de los instrumentos internacionales del 46 de la Constitución haya obedecido a una intención del constituyente de 1987 de equiparar estos instrumentos con la Constitución ni muchos menos conferir un carácter supremo frente al resto del ordenamiento. (p. 60)

e. Que no tiene rango jurídico

En este modelo, dice López Hurtado (2011) retomando a Díaz Arbónico (1991) se ubican las constituciones, que reconocen algunos del derecho internacional de los derechos humanos sus principios, pero que no le otorgan rango jurídico a los tratados y declaraciones de derechos humanos.

Considero que de la misma forma en que la Constitución reconoce la plena vigencia de la Convención sobre los derechos del Niño equiparándola al mismo rango constitucional, el principio del interés superior, contenido en el artículo 3.1 de la Convención, también adquiere rango constitucional.

El principio del interés superior forma parte de principios constitucionales, constituye un principio jurídico garantista que obliga a las autoridades administrativas y judiciales a garantizar que sus decisiones sean adoptadas tomando en consideración al mejor interés de los niños, niñas y adolescentes.

2.2 Jerarquía de la Convención en el Ordenamiento Jurídico Nicaragüense

Escobar Fornos (2005), razona que la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la Constitución, dándoles rango constitucional, es una tendencia aceptada por el constitucionalismo moderno (p. 34).

Nuestra Constitución, explica, “ha elevado a rango constitucional varios tratados y documentos internacionales relacionados con los derechos humanos” (Escobar Fornos, 2005, p. 74).

El legislador constituyente de 1987, como se ha dicho anteriormente, incluyó en el artículo 46 de la Constitución los principales tratados internacionales de derechos humanos, otorgándoles plena vigencia; de la misma forma, en la reforma parcial de 1995 el legislador adicionó la Convención sobre los Derechos del Niño al catálogo de tratados con rango constitucional.

La reforma constitucional de 1995 asumió la intención del constituyente de reconocer a los principales tratados de derechos humanos rango constitucional.

López Hurtado (2011) considera que:

Los instrumentos internacionales mencionados en el artículo 46 -*Declaración universal de los derechos humanos; Declaración americana de derechos y deberes del hombre, Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la organización de las Naciones Unidas y la Convención americana de derechos humanos*- y 71 -*Convención sobre los derechos del Niño*- de Constitución Política de Nicaragua tienen rango constitucional (p.36)

López Hurtado (2011), propone los siguientes argumentos a favor del rango constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos en los artículos 46 y 71 de la Constitución, entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño:

- a. Literalidad de la Constitución que en sus artículos 46 y 71, en el primer artículo se reconoce “la plena vigencia de los derechos consignados”.

Bajo el principio de una interpretación teleológica, sistemática y armónica de la Constitución Política se debe interpretar de forma coherente el artículo 46 y el 71; cuando en el primero se reconocen plenamente los derechos y en el segundo se reconoce plenamente el instrumento; lo que está en juego según el constituyente es el reconocimiento total de las normas jurídicas internacionales de derechos humanos.

- b. Principio *pro persona* o *pro homine* que reconoce la constitucionalización de los derechos humanos ya que este modelo reconoce más derechos a las personas quienes son sujetas del derecho internacional de los derechos humanos.

Este principio aceptado por el derecho internacional obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen.

La Corte Interamericana de Justicia en la Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de Agosto de 1986 sostuvo que en virtud el principio *pro personase* debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma o la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

El texto de la Opinión Consultiva (OC-7/86, 1986) dice:

El criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental --principio *pro homine* del Derecho de los Derechos Humanos--, conduce a la conclusión de que

su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción (p. 13)

En el mismo sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados de 1969 establece que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

En este artículo se presenta un sistema de interpretación de los tratados internacionales como señala Nash Rojas (2010) la buena fe de los Estados, el contexto, objeto y fin de los tratados.

El Estado de Nicaragua ha ratificado todos los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos de buena fe, los ha incluido en el texto constitucional, han servido de fuente para todas las reformas constitucionales, han sido la base de un conjunto de leyes secundarias.

En cuanto al objeto y fin todos estos Tratados Internacionales de Derechos Humanos han avanzado en el tiempo de forma progresiva reconociendo más derechos para todas las personas sin discriminación de edad, sexo, pertenencia étnica y cualquier otra condición económica, social o cultural, todo en consonancia con el principio constitucional de que todas las personas son iguales ante la ley.

c. Principio de *pacta sunt servanda* y la primacía del derecho internacional.

El Derecho internacional establece el principio de supremacía por el que las obligaciones asumidas por el Estado en virtud de una norma internacional priman sobre las que establece el derecho interno y según la jurisprudencia internacional el derecho interno comprende tanto la Constitución como otras leyes de inferior jerarquía.

En el caso de Nicaragua la Constitución le ha otorgado a los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos enunciados en sus artículos

46 y 72 rango constitucional, por tanto esa es la jerarquía que ocupan en el sistema legal interno.

- d. Nicaragua se reconoce la constitucionalización de los instrumentos internacionales de derechos humanos en dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia por medio de su Sala Constitucional.

Conviene enfatizar que la la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido dos posturas en relación al rango de los tratados internacionales, particularmente los reconocidos en el artículo 46 de la Constitución.

En la Sentencia No. 125 de 20 de Diciembre de 1993 la Sala Constitucional estableció que “los instrumentos internacionales del artículo 46 no tenían equiparación a la Constitución. “Lo que existe es un reconocimiento de estos instrumentos y no una constitucionalización”

Sin embargo, en dos recientes sentencias, (Sentencia No. 57 de 2 de marzo de 2010 y Sentencia No. 78 de 10 de marzo de 2010), la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua ha sostenido que esos instrumentos internacionales establecidos en el artículo 46 y 72 tienen equiparación a la Constitución, es decir, ubica dichos instrumentos internacionales sobre derechos humanos a nivel de la Constitución.

La sentencia No. 57 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, reafirma que los tratados internacionales “tienen rango, reconocimiento y carácter de norma constitucional”. La misma sentencia razona los argumentos por los que se reconoce rango constitucional a ciertos tratados internacionales:

El artículo 46 Cn reconoce la plena vigencia e integra en la misma el contenido de los instrumentos internacionales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las

Naciones Unidas; y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, otorgándoles rango y reconocimiento constitucional, es decir, estos instrumentos los integra con carácter de normas constitucionales frente a las demás normas jurídicas de nuestro ordenamiento jurídico, con la finalidad de promover la tutela efectiva de los Derechos humanos y Derechos fundamentales de las personas, con la finalidad de que el Estado y Poderes institucionales los observen, apliquen, cumplan y respeten en el ámbito de la actividad de la administración de justicia y de la administración pública en general.

La sentencia No. 78 de la Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional del 10 de Marzo del 2010 vuelve a reafirmar el rango, reconocimiento y carácter constitucional de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos señalados en el artículo 46 y agrega del artículo 71 segundo párrafo de la Constitución Política.

Estas disposiciones (artículo 46 y 71 segundo párrafo, Cn), otorga a estos instrumentos internacionales rango y reconocimiento constitucional, los integra con carácter de normas constitucionales, por tanto en el ámbito de la jerarquía normativa comparten el carácter de Supremacía que la Constitución Política tiene frente a las normas ordinarias del ordenamiento jurídico. La voluntad del Estado de Nicaragua de haber integrados estos principios y normas de Derecho Internacional en materia de Derechos humanos en la Constitución Política, demuestra su voluntad inequívoca de considerar a la persona como eje o valor fundamental de su Estado Democrático y Social de Derecho y, como consecuencia de lo anterior, tiene la finalidad de promover la tutela efectiva y real de los Derechos humanos y los Derechos fundamentales de la persona, para que el Estado, los Poderes del Estado y todas sus instituciones, sin perjuicio de su nivel y naturaleza, los *observen, apliquen, cumplan y respeten* en el ámbito de sus respectiva actividad, sea esta de administración de justicia, administración pública, electoral o de la administración de las regiones autónomas de la Costa Atlántica del país.

Estas dos sentencias, en palabras de Meléndez (2006) se suman a la tendencia a “otorgarle supremacía al derecho internacional de los derechos humanos respecto del derecho interno o, al menos, a equiparar su valor jerárquico con las normas constitucionales” (p. 33).

García Palacios (2010) sostiene que “con los criterios emitidos en las Sentencias podemos destacar que sólo los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos señalados en el art. 46 y 71 de la Constitución tienen rango de Constitución”. (p. 61)

Por su parte, Escobar Fornos (2005) establece que:

Los tratados enumerados en los arts. 46 y 71 de la Constitución tienen jerarquía constitucional y la violación de los derechos consignados en los mismos pueden dar lugar a los recursos de inconstitucionalidad de la ley (decreto o reglamento) o amparo. Estos derechos complementan y no derogan los establecidos en la Constitución (p. 34).

La doctrina y el mismo ordenamiento jurídico coincide en afirmar que los tratados internacionales enumerados en los arts. 46 y 71 de la Constitución tienen la jerarquía de la misma Constitución.

El legislador que reformó la Constitución en 1995, adicionó la Convención sobre los Derechos del Niño a la lista de tratados internacionales que gozan de rango constitucional, lo que no pudo hacer el constituyente de 1987 pues la Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada y ratificada hasta 1990.

2.3 Efectos del rango constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño

Ayala Corao (2002) analiza las consecuencias jurídicas de que los tratados sobre derechos humanos tengan jerarquía constitucional, indicando que los tratados en virtud de entrar al bloque de la constitución:

Vinculan al resto del ordenamiento jurídico, el cual debe sujetarse a ellos al igual que a la propia Constitución. Por lo cual, al igual que la constitución, los tratados sobre derechos humanos son “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico (p. 10).

El carácter de norma suprema, dice Ayala Corao (2002) implica que:

Todos los jueces, al estar obligados a asegurar la integridad de la Constitución, deben igualmente garantizar la integridad de los tratados relativos a derechos humanos. Por lo que, en caso de incompatibilidad entre un tratado sobre derechos humanos y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones de dicho tratado, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente (p. 11).

III. Conclusiones

El Estado de Nicaragua, además de reconocer la plena vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño otorgándole rango constitucional, ha incorporado los principales derechos en ella reconocidos al mismo articulado de la Constitución, entre ellos, el derecho de los niños y niñas a conocer su identidad, derecho que se materializa a través de la investigación de la paternidad y maternidad.

El rango constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido reconocido en dos sentencias recientes de la Corte Suprema de Justicia, las que conminan a las autoridades jurisdiccionales a garantizar el cumplimiento pleno de los derechos y principios en ella reconocidos, entre ellos, el derecho a la identidad de niños y niñas.

La jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño, posiciona la consideración del interés superior del niño al mismo rango de los principios

constitucionales. Este principio debe orientar a los órganos administrativos y jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones, de manera que ante conflictos de derechos, adopten las decisiones que garanticen a niños, niñas y adolescentes plenamente el cumplimiento de sus derechos.

El derecho a la identidad reconocido a los niños y niñas y la obligación de los progenitores de asumir sus responsabilidades constituye la base jurídica para el establecimiento de mecanismos jurídicos para determinar la filiación, entre ellos, la realización de pruebas genéticas al presunto padre.

La realización de la prueba de ADN al presunto padre para determinar la filiación no constituye un acto lesivo a derechos constitucionales, pues el procedimiento está establecido en el mismo ordenamiento jurídico en función de garantizar a niños y niñas el derecho a la identidad. Asimismo, el derecho a la intimidad no puede ser utilizado como argumento para evadir las responsabilidades que los padres tienen con sus hijos e hijas.

El establecimiento de la filiación es un asunto de orden público pues responde a la necesidad del ser humano de conocer su propio origen biológico y el interés social de que los progenitores asuman el cuidado de sus hijos e hijas, de manera que las autoridades administrativas y judiciales debe privilegiar la práctica de la prueba de ADN al presunto padre, sobre el argüido derecho a la intimidad del presunto padre.

Es decir, que el derecho del niño y niña a conocer su identidad genética y la consecuente realización de las pruebas biológicas de paternidad, debe prevalecer sobre el derecho individual del presunto padre a la intimidad.

Referencias bibliográficas

i. Doctrina

Libros consultados en formato escrito

Azpiri, J. O. (2006). *Juicios de filiación y patria potestad*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi

Atienza, M.I & Ruiz Manero, J. (1991). *Sobre principios y reglas*. Cuadernos de Filosofía No. 10. Alicante: Ed. Doxa

Bernad Mainar, R.I (2006). *Curso de derecho privado romano*. Caracas: Ed. Universidad Católica Andrés Bello

Brenes Córdoba, A. (1984). *Tratado de las Personas. Notas y Comentarios*. Costa Rica: Ed. Juricentro

Bidart Campos, G. (1999).- *Intimidad y autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, ¿para qué, hasta dónde, con qué alcance?* Buenos Aires: Ed. Ediar

Chieri, P. & Zannoni, E. (2001). *Prueba del ADN*. Buenos Aires: Ed. Astrea

Cillero Bruñol, M. (1998) *El interés superior del niño en el marco de la convención Internacional sobre los derechos del niño*. En García Méndez, Emilio (comps.), *Infancia, ley y Democracia: Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)* Colombia: Ed. Temis/Depalma

Díaz Albónico, R. (1991). *Nuevas dimensiones en la protección del individuo*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica

Díez-Picazo & Gullón Ballesteros (2006). Sistema de Derecho Civil: Volumen I. España: Ed. TECNOS

Erikson, E. H. (1981).- *Identidad, juventud y crisis*. Madrid: Ed. Paidós

Escobar Fornos, I. (2005) *Manual de derecho constitucional*. HISPAMER, Managua: Ed. HISPAMER

Fernández R. y Sánchez Lorenzo, S. (1993). Curso de Derecho Internacional Privado. Madrid: Ed. Cívitas

Gatica, N. & Chaimovic, C. (2002). *La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño*, en La Semana Jurídica, 13 al 19 de mayo, 2002: [s.n].

García Vicente, J. (2004). *Los principios del derecho en las acciones de filiación*,. Madrid: Ed. Aranzadi Civil

García Palacios, O. (2010).- *Curso de Derecho constitucional. Universidad Centroamericana*. Managua: Ed. [s.n].

Gómez Bengoechea, B. (2007). *Derecho a la identidad y filiación*. Madrid: Ed. Dykinson

Guitrón Fuentevilla, J. & Roig Canal, S. (2003). *Nuevo derecho familiar en el Código Civil de México*. Distrito Federal: Ed. Porrúa

Guzmán García, J. (2008) Apuntes de derecho civil. Derecho de las personas. Managua. Ed. UCA

Iglesias, J. (2008).- *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. Madrid: Ed. Ariel

Lacruz Berdejo, J.L. et. al. (2000).- *Elementos de Derecho Civil T. II V. I*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado

- Lasarte Álvarez, C. (2003). *Principios del derecho civil. Tomo V (familia)*. Madrid Ed. Bosch Casa
- López Hurtado, C. (2011). Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y su relación con la Constitución, tendencias en América latina. Managua. Ed. [s.n].
- Meléndez F. (2006) *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*. San Salvador: Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Programa de Fortalecimiento Judicial y Acceso a la Justicia en Nicaragua. Ed. Fundación Editorial Universidad del Rosario
- Moreno Castillo, M. A. (1999). *Los delitos contra la intimidad cometidos por particulares*. Alcalá de Henares. Ed. [s.n].
- Nash Rojas, C. y Mujica Torres, I (2010) *Derechos Humanos y Juicio Justo*. Managua
- Planiol M. & Ripert G. (1948).- *Tratado elemental de derecho civil*. París: Ed. José M. Cajica
- Pellisé Prats, B.& Mascareñas, C. (1986) *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Volumen XVIII*. Barcelona: Ed. Francisco Seix
- Petit, Eugène (2007). *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Ed. Albatros
- Puig Brutau J. (1979).- *Compendio de Derecho civil. Volumen 4. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. Barcelona: Ed. Bosch
- Rebollo Delgado, L. (2008). *El derecho a la intimidad. Límites a la libertad de comunicación pública*. Madrid: Ed. Dykinson

Romero González, E. (1999). *Los derechos de la personalidad. En Medida Riestra Alfredo. Teoría del derecho Civil, México.* Ed. [s.n.].

Varsi Rospigliosi, E. (1999). *Filiación, derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica.* Lima: Ed. Normas Legales

Virga, P. (1954). *La potestà di polizia.* Milán: Ed. Giuffrè

Libros consultados en formato electrónico

Alessandri A. & Somarriva, M. (2011). *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general. Tomo Primero.* Chile: Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de <http://doctrina.vlex.cl/vid/derechos-personalidad-275058131>

Arnaldo Alcubilla, Enrique (2011) *El orden público y la seguridad ciudadana en la Constitución Española de 1978.* Madrid: Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de <http://vlex.com/vid/publico-seguridad-ciudadana-constitucion-387779152>

Ayala Corao, C. (2002). *Las Consecuencias de la Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos.* México: Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de http://enj.org/portal/biblioteca/principios_fundamentales/convenios_internacionales/19.pdf

Doral García, J. A. (sf), *Los derechos de personalidad en la nueva ley de filiación.* Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12410/1/PD_10_18.pdf

Gutiérrez de Colmenares C.M (2003). *Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia de Guatemala.* Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071800122003000100008&script=sci_artext.

Henderson H. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Volumen 39. Costa Rica: Ed. IIDH. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/39/pr/pr5.pdf

Nikken, P. (1994). Estudios Básicos de Derechos Humanos. San José: Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de <http://www.iidh.ed.cr/documentos/HerrPed/pedagogicas/especializado/el%20concepto%20de%20derechos%20humanos.htm>

Romero Coloma, A. (2009a). *Identidad genética frente a intimidad y pruebas de paternidad*. Madrid: Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/identidad-genetica-frente-intimidad-201429085>

Romero Coloma, A. (2009b). *Pruebas biológicas de paternidad y su colisión con derechos fundamentales*. Madrid: Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/pruebas-biologicas-paternidad-colision-201429641>

Rossel Saavedra, E. (1994) .- Manual de Derecho de Familia. Santiago, Chile: Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de <http://books.google.com.ni/books?id=jsmD3N8WDZcC&pg=PA207&lpg=PA207&dq#v=onepage&q&f=false>

Varsi Rospigliosi, E.. (s.f) *Persona, genética y Derecho*. Lima: Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de <http://issuu.com/evarsi/docs/varsicap7>

Revistas consultadas en formato electrónica

Hernández- Díaz -Ambrona, M. D. (2005). *Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica.*- Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de <http://vlex.com/vid/notas-derecho-identidad-verdad-biologica-289835>

Torres Perea, J. (2006) *Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán.* Anuario de Derecho Civil - Núm. LIX-2. Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/tratamiento-interes-menor-derecho-aleman-385367>

UNICEF (2008). *Las reformas legales y la implementación de la convención sobre los derechos del niño.* Florencia. Ed. [s.n.]. Recuperado el 5 de Diciembre de 2012 de http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/law_reform_crc_imp_spa.pdf

ii. Normas jurídicas

Asamblea Nacional

Código Civil de la República de Nicaragua. Publicado en La Gaceta No. 2148 del 5 de Febrero de 1904. Recuperado el 12 de diciembre de 2012, de <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/3133c0d121ea3897062568a1005e0f89/fb441c51fc9a50b1062574e10079fc17?OpenDocument>.

Decreto No. 1065. Ley Reguladora de las Relaciones Madre, Padre, Hijos. Publicado en La Gaceta No. 155 de 3 de julio de 1982. Recuperado el 12 de diciembre de 2012, de <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/84095665fc357f53062570a10057ce9c?OpenDocument>

Constitución Política de la República de Nicaragua. Publicada en La Gaceta No. 176 del Jueves 16 de Septiembre de 2010. Recuperado el 12 de diciembre de

2012, de <http://www.asamblea.gob.ni/wp-content/uploads/2012/06/Constitucion.pdf>

Ley No. 143. Ley de Alimentos. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No.57 de 24 de Marzo de 1992. Recuperado el 12 de diciembre de 2012, de [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/52CF21BC4B462F9F062570A100577C2E?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/52CF21BC4B462F9F062570A100577C2E?OpenDocument)

Ley No. 287. Código de la Niñez y la Adolescencia. Publicado en La Gaceta No. 97 del 27 de Mayo de 1998. Recuperado el día 10 de Diciembre de 2012 de [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/9AB516E0945F3B6E062571A1004F4BDE?OpenDocument](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/9AB516E0945F3B6E062571A1004F4BDE?OpenDocument)

Ley No. 623. Ley de Responsabilidad Paterna y Materna. Publicada en La Gaceta No. 120 del 26 de Junio del 2007. Recuperado el día 10 de Diciembre de 2012 de en [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/08AA105E1C8479F20625733100716E91](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/08AA105E1C8479F20625733100716E91)

Organización de las Naciones Unidas

Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Recuperado el día 10 de Diciembre de 2012 de en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.

iii. Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua

Sentencia No. 125 de 20 de Diciembre de 1993. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional.

Sentencia No. 57 de 2 de marzo de 2010. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional.

Sentencia No. 78 de 10 de marzo de 2010,. Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Constitucional.

Tribunal Constitucional Español

Sentencia RJ 2002, 8461 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España

Sentencia RJ 1994, 253, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

Sentencia 154/2005, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

iv. Proyectos de Ley ante la Asamblea Nacional

(2011) Dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Jurídicos y la Comisión de Asuntos de la Mujer, Juventud, Niñez y Familia, al anteproyecto de Código de la Familia

(2012) Código de la Familia, aprobado en lo general por la Asamblea Nacional

Anexo No. 1

Aplicación del Principio del Interés Superior en la Justicia Especializada de Familia

Los órganos de la administración pública y del sistema de administración de justicia que administran los asuntos de familia, deben estar guiados por el principio del interés superior del niño, según el cual, deben atender, en todas sus actuaciones y decisiones, todo aquello que más favorezca el pleno desarrollo físico, psicológico, moral, cultural, social de los niños, niñas y adolescentes.

La naturaleza de orden público del derecho de familia impone a las autoridades la obligación de aplicar de oficio y aún contra la oposición de algunas partes, las medidas que garanticen el cumplimiento del interés superior establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

A continuación se presenten aspectos que deben considerar las autoridades para garantizar que sus decisiones contribuyan al interés superior del niño, niña y adolescente:

i. Privilegiar el derecho a la identidad del niño y la niña a través del procedimiento establecido en la Ley de Responsabilidad Paterna y Materna para la determinación de la filiación

El principio del interés superior se utiliza para resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos, de manera que en los procesos de familia en los entran en juego diversos intereses –progenitores, Estado y los del mismo niño o niña-, la autoridad debe favorecer aquellos intereses que más favorezcan el interés superior del niño, niña y adolescente. Es decir, los que más contribuyan a su desarrollo integral.

Es decir que cuando existan conflictos entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deben prevalecer los primeros, por ejemplo, privilegiar el derecho del niño y la niña a

conocer su filiación a través de la práctica de prueba de ADN al presunto padre, por encima del derecho del padre a la intimidad personal.

Otros aspectos a considerar en la realización de procedimientos administrativos y judiciales que afecten los derechos de la niñez

A continuación se presentan algunos aspectos que las autoridades deben considerar para dar cumplimiento al interés superior del niño y la niña en los principales procesos de familia:

i. Juicio de alimentos

- Garantizar de forma proporcional, alimentos para todos los hijos e hijas del alimentante
- Garantizar que el procedimiento para prestar alimentos sea expedito, garantizando alimentos provisionales de oficio, desde el inicio del juicio
- Asegurar que el monto de la pensión alimenticia sea proporcional a la capacidad del alimentante y las necesidades del alimentado
- Promover en el proceso judicial de alimentos, el sentido de responsabilidad paterna y materna

ii. En los juicios de relación padre, madre, hijos- hijas

- Propiciar la relación del hijo- hija, con ambos progenitores, salvo que fuera contrario a sus intereses por razones debidamente fundadas
- Propiciar, siempre que sea aconsejable, que los regímenes de visitas deben cumplirse de la forma más natural posible, sin intervenciones de organismos
- Utilizar la medida de limitar el relacionamiento del niño- niña con su padre- madre sólo en último recurso.

iii. En los juicios de guarda

- Propiciar el acuerdo voluntario de las partes en relación a la guarda, evitando situaciones que dificulten el posterior relacionamiento del hijo o hija con sus progenitores.

- En caso de niños y niñas menores de siete años, asignar al guarda preferentemente a la madre, salvo que fuera contrario al bienestar integral del niño y la niña
- En caso de niños y niñas mayores de siete años, consultarle sobre la decisión de designación de la guarda
- Asignar la guarda al progenitor que mejor garantice el desarrollo integral del niño y la niña, evitando que tal designación se fundamente de forma exclusiva en la capacidad económica de uno de los progenitores

iv. En los juicios de declaración de filiación

- Desestimar los argumentos que de mala fe presentan los padres para evadir la realización de prueba de ADN que demostraría su filiación
- Evitar que el presunto padre, la madre y el hijo o hija concurren al mismo tiempo para realizarse la prueba de ADN para evitar situaciones victimizantes a la madre y al hijo o hija.
- Evitar que las partes y sus abogados, usen términos que hagan distinción entre los hijos e hijas
- Garantizar atención digna y sensible a la madre y al hijo o hija en las instancias administrativas y judiciales, evitando la victimización secundaria